16



POR EL CONDE DE LA MONCLOVA, Y doña Ynes Antonia Portocarrero,

EN EL PLEYTO

Con el Conuento de Señor San Geronymo, de la Ciudad de Baça.

Impresso en Granada, por Frãcisco Heylã, Impressor de la Real Chancileria. Año de 1631.

DESTE PLEYTO AY MEMOrial en forma, con que se escusarâ de hazer proposicion del hecho que se resuelue, en que la parte del Conde y consorte pretenden, que a ellos les tocan la possessión y propriedad de los bienes y herencia, que quedô por fin y muerte de D. Iuana Enriquez de Sylua, vezina q̃ fue de la dicha Ciudad de Baça, como sus sobrinos y herederos abintestato de sus bienes, por auer sido nulo el testamento cerrado de la dicha doña Iuana, que se abrio en primero de Dizicmbre de 624. en que dexô por heredero al dicho Conuento, escrito el dicho testamento de mano de Fray Pedro de Santiago Religioso del dicho Conuento, y la parte del Conuento pretende, que el dicho testamento es valido. De suerte que para la comprouaciō de la justicia desta parte se prouarân dos Articulos. El primero, que estâ prouado bastantemente que el dicho testamento le escriuio el dicho Fray Pedro de Santiago, y que ay declaraciō expressa del dicho Religioso. El segundo, que con auer escrito el dicho testamēto el dicho Religioso es nulo, ora sea hijo Conuentual, o guesped de aquella casa de San Geronymo de Baça.

PRIMVS ARTICVLVS.

1 HECHO llano es del pleyto, q̃ D. Iuana Enriquez de Silua se entraua algunos dias antes q̃ muriesse en su Oratorio, y se encerraua por de dētro con este Religioso Fr.

Pedro

Pedro de Santiago para escreuir el testamẽto, sobre cuya validacion se litiga, y esto lo deponen, Ana Martinez, don Miguel de Zaera, doña Luysa de Figueroa, y en particular doña Catalina Toñiño, la qual declara, que vio escreuir de su mano al dicho Fray Pedro de Santiago, el dicho testamento, y ay muchos testigos que declaran, que se lo oyeron confessar al mesmo Fray Pedro de Santiago, que auia escrito el testamento de la dicha D. Iuana, y de las declaraciones del mesmo Religioso se colije, porque si el no vuiera escrito el testamento sobre que es este pleyto, con facilidad podia responder sin tantas saluas y inteligẽcias que quiere dar al pleyto y a la justicia de su Cõuento, y allegasse a esto la declaraciõ del Prior del Conuento de S. Geronymo de Baça, memorial, fol. 5, a la buelta, en donde el mesmo Prior cõfiessa no auer sido verdad, negarse en la peticion, que el dicho testamento no lo auia escrito Fray Pedro de Santiago, porque fue sin su ordẽ, y que solo niega auer hecho, ni escrito el dicho testamento ningun Frayle professo del dicho Conuento de Baça, ay demas desto la comparaciõ de letras que se colije de las de los memoriales presentados en el pleito y cartas de pago, de las quales se saca comprouacion expressa de la letra del testamento, y ay el que antes de abrirse el testamento le pidio por el Conuento se abriesse, diziẽdo les dexaua por herederos a los Frayles, que es auerlo sabido, por auello escrito el dicho Religioso, y porque por el mesmo hecho se cõprueua, pues el testamento no està escrito de letra de doña Iuana, ni la letra es del Escriuano ante quien se otor-

se otorgô, ni dize la parte del Conuento de quiē sea, y está prouado que la doña Iuana, y el Religioso se entrauan en vn aposento a escreuirle, y el Conuento lo articula en la quarta pregunta, y en la segunda, que la letra del dicho testamento, y la de los memoriales, o borradores que se hallaron en el escritorio es toda vna.

2 Esto presupuesto, si este testamento es cerrado, si para escreuirle está prouado concluyentissimamente, que doña Iuana, y el Frayle se entrauan a solas en el Oratorio, y cerrauan la puerta, no puede auer testigos de vista por naturaleza de la misma causa: y assi la prouança en caso semejante quādo no fuera tan grande como es, bastaua que fuesse conjecturada, per textum, in l. vbi falsi, ff. ad l. Corneliam de falsis, Azeuedus, cons. 28. num 96. Farinacius, cons. criminali 55. n. 47. ibi: *Ergo illud dicitur plenè, & cōcludenter probatum etiam per regulam generalem, quod vbi lex contentatur præsumptionibus probatio inde resultans dicitur liquidissima*, Dom. Paz, ad l. stili, l. 62. Y tābien en las causas ciuiles como es esta, quando liquido probari non possunt, se llama prouāça liquidissima y bastāte la presumptiua, vt eleganter dicit Cabedus, p. 1. decis. 187. n. 4.

3 Lo otro, porque como está prouado el mismo hecho del pleyto, necessita a que no pueda auer testigos de vista, pues el testamento se escreuia a puerta cerrada, y en este caso las conjecturas y presumpciones, son suficientissima y liquidissima prouança, ex regula textus, in l. licet Imperator, ff. de legatis 1. l. consensu, §. super plagijs, C. de repudijs, l. si hi qui, C. de adulterijs, l.

 non

non omnes, §. a barbaris, & §. de scrit. ff. de re militari, l. milites agrum, §. desertorem eo titulo, & quæ latê cumulat Guiurba, consi. 2. num. 44. & cons. 43. num. 21. & 22. Ioseph Alderete, de Ecclesiastica disciplina tuenda, lib. 2. cap. 7. â nu. 10. Y en nuestro caso por lo dicho de no poder auer testigos de vista, se dize justamente ser esta causa dificil prouança, pues no pudo auer ningun testigo que pudiesse ver escreuir lo que se hizo a puerta çerrada, Antonius Gabriel, titulo de testibus, conclusione 7. num. 8. Rolandus, cons. 7. num 15. vol. 1. Decianus, cons. 92. num. 64. vol. 2. Mascardus, conclus. 1359. nu. 9. Hector Felicius, allegat. 10. num. 6 Farinacius, quęst. 62. â nu. 50. Guiurba, cons. criminali 87. num. 12. ibi: *Dificilis probationis qui esse dicimus, si testes neque actu, neque habitu interuenire potuerunt.*

4 Y si bien en quãto a la cõparacion de letras, en que los testigos dizen plenamente, que la del testamento les parece ser del Religioso, y que es muy parecida y semejãte a los memoriales que estan en el pleyto, que son de letra del mesmo Religioso, no hazemos mucho esfuerço, porq̃ sabemos quan debil es esta manera de comparacion de letras, per similiitudidem ex his quę latê tradit Farinacius, de falsitate, quæst 153. â n. 118. Y que hæc comparatio literarum, neque in ciuilibus, neque in criminalibus plenê probat per l. comparationes, C. de fide instrumẽtorum, Mascardus, conclus. 330. & 740. & 987. Menochius, cons. 114. Tuschus, litera C. conclus. 483. cum sequentib. Gratianus, cap. 225. num. 21. & 22. Scacia de iudicijs, libr. 2. cap. 11. â. num. 999. Trebisiano,

lib. 2.

lib.2.decis.52. Fachineus, libr.11.cap. 35. *Riccius*, collectan.774. & in decis. Curiæ, part.2, in alleg. post decis.119. *Gaspar* Antonius Thesaurus, lib.1. forensium, quęst.24. & latissimê Farinacius, in fragmentis litera C. â num. 454. cum sequentib. Y que en este lugar resuelue, que se ha de hazer la comparacion de vna escritura a otra, y que ha de ser escritura publica, o confessada por el que niega, que esta otra escritura no es de su letra, y otras calidades que refiere, y se colije por la disposicion de la l. de Partida 111. tit.18. part.3. & ibi Gregorius, esto no nos daña, porque los memoriales del pleyto escritos de letra del dicho Fray Pedro de Santiago, son ciertos, y por ellos justamente se haze la comparacion de letras, y porque estos requisitos son precisos para auer prouança solo en fuerça de comparacion de letras, y en nuestro caso la ay por tantos modos como tenemos prouado, y podemos dezir, *Quod singula quæ non prorsunt simul collecta iubant*, vt tradit Fontanela, tom.2. de pactis nuptialibus, clausula 5. gloss.5. num.70. Stephanus Gratianus, tom. 3. disceptat. cap.571. num.50. ibi: *Quæ coniecturæ licet fortè per se considerate patianrur aliquam dificultatem tamen negari non potest quod simul iunta non coadiubent*, y assi no me detengo mas en este primero Articulo, pues parece ser cosa sin duda que el testamento sobre que es este pleyto le escriuio el dicho Padre Fray Pedro de Santiago, & sic deueniamus ad secundum.

SEGVN.

SECVNDVS ARTICVLVS.

5 EN este segundo Articulo lo primero q se asienta, es la regla del cap. in præsentia de probationibus, de que, *Monasterium habetur loco filij*, latissime Fray Manuel Rodriguez, quæst. regulatium, quęst. 77. tom. 2. articul. 1. & seqq. Franchis, decis. 40. num. 2. Domin. Menchaca, de successionibus, §. 20. à num. 24. Cenedo, *Canonicarum*, quæst. q. 6. à num. 20. Cardoso, in praxi, verb. regularis, nu. 7. Tuschus, litera M. conclusione 344. Hondedeus, cons. 94. num. 29. vol. 1, Gratiano, cap. 102. num. 14. Ceuallos, quęst. 806. Flores, lib. 1. quęst. 16. Gutierrez, Canonicarum, lib. 1. cap. 32. *F*usarius, de substitutionibus, quæst. 313. & 355. & 428. & 429. & 430. num. 7. Marcus Antonius Genuensis, in practica Ecclesiastica, quęst. 147. & 456. num. 2. & latissime Robles Salzedo, de representatione, libr. 2. cap. 17, à n. 10. cum seqq.

6 Quando esta regla tenga limitaciones, por lo menos para loque en nuestro caso es necessaria, que es que por derecho esté decidido, que el Monasterio sea hijo del *R*eligioso, como caso del dicho cap. in præsentia, no puede tener dificultad; pues en los casos expressados por derecho procede, vt late Genuensis, dict. quęst. 147. num. 1. & 456, num. 2. & *R*obles, dict. libr. 2. cap. 17. nu. 25. ex Baldo, in authentica si qua mulier, num. 3, ad Velcianum, & Molina, libr. 2. de primogenijs, cap. 9. numer. 45. Y tampoco la puede tener el que no aya diferencia ninguna en esto,

para

para tenerse por hijo el Monasterio deaquel en el que se professa, o de toda la Religion. porque esta distincion procede entre los mesmos Religiosos para la sucession particular del Fraile: pero no procede para todo lo demas, que es considerarse el Frayle tan hijo subdito, y proprio obseruante de toda la Religion, como de la casa en que professa, y esta doctrina se prueua por resolucion del Padre Thomas Sanchez, de Religioso statu, libr. 7. cap. 32. num. 49. & 50. ibi: *At sola reclusio nõ dat ius ad bona, sed professio per quam Religiosus se, & omnia sua Religioni dedicat iuxta dictam authenticam ingressi.*

7 Y começando desde el nu. 50. este Doctor, dict. lib. 7. cap. 32. a hazer distincion de si el Religioso que se passa de vn Monasterio a otro, adquiera al primero, o segundo Monasterio, haze tres distinciones, y en la segũda, que en el dicho numer. 50. puso con las demas, refiere, que quando la profession es de tal calidad, que la haze el Religioso cõ obediencia al superior que le pueda mudar de vn Conuento a otro, que este adquiere generalmente a toda la Religion que es este nuestro caso, y en el resuelue Thomas Sanchez, que el Religioso adquiere a toda la Religion, vt ibi num. 53. *Quando professio est secundo modo tradunt communiter DD. religiosos nõ adquirere ei peculiari Monasterio in quo professi sunt, sed toti ordini, & Generali incumbere huic, vel illi Monasterio applicare, ac proinde nil refere in quo Monasterio ille tẽpore adquisitionis cõmoretur, quia cum totus ordo onus huius ingressi sentiat, totus quoque commodum sentire debet,* como

C si di-

N.° 4.

si dixera, aunq̃ el Religioso no sea professo de la casa donde mora al tiempo de la adquisiciõ, no so adquiere mas a ella q̃ a toda la Religion, porq̃ los bienes de toda son comunes, y la cabeça vna mesma, y aunque aya professado en vn particular Conuẽto, està sujeto a que le embien a otro, como por lo menos, caso que no aya professado en Baça, es cierto ser Conuentual, y auerle embiado a Baça, al dicho Padre Fray Pedro de Santiago, y la mesma razon que ay para que el Religioso professo de la casa no pueda escreuir el testamento en que dexaren por heredero a la tal casa, la ay por la aficion y vnidad a otra qualquiera de la mesma Religion, & sic prouando se lo primero como despues se prouarà, se infiere consequencia legitima, que vbi est eadem ratio eadem debet esse iuris dispositio ex vulgata, l. illud, ad l. Aquiliam.

8 Conociendo la fuerça desta verdad el Abogado contrario, en el segundo punto de su alegacion, confessando como confiessa, que el Senado Consulto Liboniano, prohibe que ninguno se escriua a si, herencia, ni legado en los testamentos, y en pena de la falsedad, que por esto se presume, quita la herencia, o legado al que se lo escriuio, y castiga cõ otras penas, vt probat text. in l. 1. §. ad testamenta, & §. pœna falsi, l. Senatus, pœnã, l. si quis legatum, l. de eo, l. filius familias, §. maritus, l. Diuus Claudius, l. impuberem, ff. ad l. Corneliam de falsis, l. 1. & toto titul. C. de his qui sibi adscribunt in testamento de quo, Simon Escardio, in lexicon iuris, verbo, Libonianum, fol. mihi 562. Burgos de Paz, consi. 7. nu. 16.

Gomez

Gomez Leon, decis. 57. Franciscus Bequius, cōs. 103. Gama, decis. 69. & 157. & 231. Pradilla, in summa legum penul. p. 2. casu 23. Molina, disput. 125. Farinacius, de falsitate, & simulat. q. 150. â n. 175. vsque ad 215. Procura defenderse con dezir, que este estatuto es penal, y asi no se ha, ni deue estender en los casos, en que por leyes expressas no estuuiere decidido, per text. in l. si seruum, §. prætor, vers. Non dixit de adquirenda hereditate, l. Papinianus exuli, ff. de minoribus, & quæ tradunt latê Alfonsus Castro, de potestate legis pœnalis, lib. 1. cap. 7. Farinacio, in fragmētis, verbo, Lex, ân. 39. Morla, in empotio, tit. de legibus, q. 6. n. 7. D. Anguiano, lib. 5. cōtrouersia 4. & 5. n. 6.

9 Pero a esto se satisfaze, con que en los mesmos terminos en que estamos, y sin extension alguna procede derechamente la dicha pena, pues es cierto y innegable, que procede en el Padre que escriue herencia, o legado en fauor de su hijo, o hijo en fauor de su padre, o hermano en fauor de su hermano, Farinacius, d. q. 150. p. 8. n. 176. ibi: *Amplia primo propositam huius octauæ partis regulam in adscribente legatum non sibi, sed eius patris, vel domino in cuius potestate est, vel etiam fratri existēti in eadem potestate in qua est ipse adscribens, & in adscribente legatum filio suo, vel matri suæ vide textum cū notatis ibi per glossam, Bartolum, & Albericum, in l. de eo, & lege sequenti, ff. ad l. Corneliam de falsis.* n. 7.

10 Y siendo como es en nuestro caso testamento cerrado, semejante institució es nula, demas de las otras penas, vt concludit Molina, d. tract. 2. de iustitia & iure, dict. disputat. 125. ibi:

Dubium

Dubium est hoc loco an si is qui eius modi testamẽtum scripsit hæres à testatore instituatur, aut legatum aliquod illi relinquatur, valida sit talis institutio, validum quæ sit talé legatú hæredis, aut legatarij manuscriptum, respondendum quæ est inualida esse quando testamentũ est in scriptis de quo nunc agimus, neque hæres ita institutus alioquin necessario, eodem modo erat instituẽdus, neque testator alia via per se ipsum expressit se in eo testamento eum hæredem instituiße, vel tale legatum illi reliquisse, ita habetur, l. 1. & seqq. C. de his qui sibi adscribunt in testamento, & l. 1. §. at tastamẽta ff. ad l. Corneliã, de falsis, y alega las tres decisiones 69. 157. y 231. de Antonio Gama, que son expressas para el caso deste pleyto, y la 69. es declarando por nulo el testamento de vno, cuyo hermano auia escrito a su hermano por heredero, ibi: *Dixi etiam quod cũ frater testamentũ in fauorem fratris scripsisset non valere, per textum iũta declaratione Alberiti, in l. de eo, ff. ad l. Corneliam de falsis*, y menos causaay del hermano en quiẽ el derecho no tiene declarado por expressa pena la del Liboniano, y en el Frayle por el dicho cap. in presentia, y resoluciones referidas, està declarado que el Monasterio es su hijo, con que sin hazerse extension, pues la pena del Liboniano, procede en el padre que escriue al hijo, procederà sin dificultad en el Religioso que escriuiere a su Monasterio, o a qualquiera Monasterio de su Religion, de la qual toda el es hijo, y ella se reputa por hijo del Religioso.

11 Lo otro, porque la pena no solo la incurre el que le escriue assi expressamente, sino otro qual-

qualquiera que aunq̃ no reciba emolumẽto propio, pero le tiene particular con escreuir por heredero, o escreuir legado a hermanos, o a parientes, vt eleganter considerat Farinacius, dict. q.150.n.197.& 198. ibi: *Amplia decimó quia pena adscribentis sibi hæreditatem, seu legatum incurritur non solum quando quis sibi adscribit expressè, & nominatim, sed etiam quando sub verbo generali, & vniuersali, vt putà sub verbo fratrũ, sub verbo proximorum, sub verbo agnatorum, & similiũ secundum Aretinum, in cons. 88.& nu.2 vbi facit conclusionem generalem, quod adscribens incidit in penam quotiescũque ex tali adscriptione emolumentum adquirat licet se formaliter non adscribat, per text. in l. si pater, & in l. Diuus, ff. ad l. Corneliam de falsis*, como en nuestro caso, que aunque no se escriuio, assi mesmo Fray Pedro recibio emolumẽto y prouecho de escreuir por heredero al Cõuento de S. Geronymo, de cuya orden y Religion es professo, y donde se estaua sustentando, y en el mesmo tiempo.

La dificultad q̃ propone a lo fundado la parte cõtraria es dezir, q̃ dado q̃ sea el Monasterio hijo del Religioso, y q̃ el Religioso lo sea de toda la Orden, la pena del Senatus Consulto Liboniano solum procedit quoties pater, aut dominus filium in potestate constitutũ hęredem scribit, aut legatariũ isto enim casu falsitatis præsumptio adest, vt tradit Cinus, in l. si testator, n.1. C. de his qui sibi adscribunt in testamẽto, Petrus Gregorius, sintagmatum iuris, lib.36. cap.5. â n.2. Peregrinus, de iure fisci, lib.3. tit. 12. per totum, Bonifacius, Bosius, & plures alij quos sequitur Fa-

 rinatius,

rinatius,d.q.150.n.175.& nu 176.ibi: *Quod pœnã scribentis habet locum etiam in patre adscribente filio suo existenti in eius potestate, secus si fuerit emancipatus, Salicetus, in l.qua in testamento, n. 1.& 2.C.de his qui sibi adscribunt.*

12 Y se prueua esto, porque en el hijo que está en la potestad, o esclauo que escriue a su padre, o señor herencia, o legado, se incurre la pena del Liboniano, mandante patre, & sic intelligitur, text. in l.de eo 10.ff.ad l.Corneliam de Sicarijs, por el texto en la Diuus 15.eo tit. ibi; *Scribere autem sibi legatum videri non eum qui manu sua id facit, sed etiam eum qui per seruũ suum, vel filium quem in potestate habet dictante testatore legato honoratur*, & probat glos. verb. committitur in d.l. de eo, & in d.l. Diuus, §.scribere in verbo, in potestate, mas esta pena incurren la de padre, o el señor, y no el hijo, ni el esclauo, porque estos se escusan, ex iussu patris, vel domini testatoris, quando el padre, o señor haziendo testamento les mandaron que se escriuiessen, vt per textũ, in d.l. Diuus, §. quæri tamen debet, & ibi Bart. ff ad l. Corneliam de falsis, Odofredus, in l. 1. in fine, C. de his qui sibi adscribunt, vbi loquitur, & declarat quãdo pater, filio reccusante adscribere expressê imperauit, vt scriberet, y en este caso se excusan el hijo constituydo en la potestad de su padre, y el esclauo en la de su señor, secus in filijs emancipatis, & alijs extraneis, Farinatius.d.q.150.n.205.

13 De suerte, que el padre incurre pena del Liboniano, quando escriue al hijo constituydo en su potestad, y incurre la mesma pena quãdo

eius

eius iussu, & eo mandãte, testatore dictante, fue escrito por heredero, o legatario, y en ninguno destos casos el hijo no incurre la pena, ni la incurre el, ni el esclauo quando siendo su padre, o señor testador, iussu eius, se escriuieron, y el hijo emancipado en este caso la incurre, porque pudo resistir y no obedecer, pues la obediencia se ha de entender in licitis, & honestis, *Et non iure resistente*, probat textus, in l. §. quoties, ff. de vi, & vi armata, vers. Non enim scusatus est, & ibi glos. verb. cum vtrolibet, & verb. Non enim. & textus, in l. is damnum 129. ff. de regulis iuris, l. 5. tit 15. part. 7. P. Anguianus, de legibus, lib 3. cõtrouersia 31. nu 15. & 16. Marius Guiurba, cons. 85. n. 3. & n. 22 cum seqq.

n. 7.

14 Esta conclusion de que la pena del Liboniano, no la incurre el padre que escriue a su hijo emancipado, y que assi quando el Monasterio sea hijo del Religioso no la incurrirà, es necessario entenderlo con distincion, porque la pena del Senatus Consulto Liboniano tiene dos partes, l. 4. C. de his qui sibi adscribunt. La vna, la presumpcion de falsedad que se induze contra el que escriue en testamento de otro, herencia, o legado a las personas con quiẽ habla el Senatus Consulto. Y otra parte, es la nulidad y priuacion de la herencia, o cosa que se manda. La primera parte desta pena, que es la criminal por la presumpcion de falsedad es cierto, que no ha lugar en el padre que no escriua a su hijo en potestad, o que no se escriue assi, o en el que prueua que se escriuio de voluntad del mesmo testador, mas la nulidad del legado, o herẽcia y amission

n. 8.

sion della, no se escusa, vt eleganter comprobat Farinacius, dict. quæst. 150. num. 216. & 217. refiriendo, que la cautela que se dà para escusar al que se escriuio, es que prueue la voluntad del testador, pero que esto no bastara para que el legado valga, ibi: *Vbi dixit quod ad excusandum illum à pœna, qui adscripsit sibi in testamento sufficit probare per duos testes qui fuerunt præsentes, quod re vera testator ita legauit, secus quo ad validitatem legati*, & ibi: *Vbi pariter declarat, quod talis probatio voluntatis testatoris tollit pœnam, sed non tribuit legatum adscribenti, Aretinus, cōs. 88. in præsenti, consultat. col. 1. in fine, vers. Secundò hoc confirmatur.* Y mas elegantemente se cōprueua en nuestros terminos, por lo que el mismo Farinacio resuelue dict. quæst. 150. dicto nu. 205. Donde dize, que el mandato del padre, o señor escusa de la pena de falso, pero que no haze que valga el legado, ibi: *Cinus, n. 2. Odofredus, n. 1. Salicetus, n. 1. in fine in tertia oppositione, & n. 3. & Ioannes Faber, nu. 2. vbi quod iussus domini excusat à pœna falsi, sed non facit, vt sibi adscribens legatum consequatur.* Y es texto expresso que cōprueua esta diferencia de escusarse desta pena de falso, y perder el legado la l. final, C. de his qui sibi adscribunt, vbi Diocletianus, & Maximianus, sic aiunt. *Si libertatem tibi manu tua imperāte domino adscripsisti cum proponas dominum non subscripsisse, & suis literis tuam libertatem expressam agnouisset, ad impetrādam libertatem Senatus Consulti authoritas tibi obest, pœna tamen falsi tibi remittitur, quoniam non potueras cōtra domini voluntatem venire.*

De

15 De suerte, que por escreuir Fray Pedro de Santiago a su Religion por heredera, aun en caso que tuuiera prouado que auia sido voluntad de D. Iuana Enriquez (que no lo està) y caso que se juzgue el Monasterio como su hijo emancipado, pues no està en su potestad, sino antes el en la de su Conuento y Religion, y que se valga de ignorancia incōuencible, ad text. in l. 3. C. de his qui sibi adscribũt, la pena de falso, es la q̃ se escusarà, pero no la de la inualidaciō de la institucion de la mesma manera que escusa la pena de falso el que pidio venia del Principe, y la obtuuo, y el que ignorantemente se escriuio no sabiendo la prohibicion, porque ni vno, ni otro destos aunque euiten la pena de falso, non consequuntur legatum, neque hæreditatem, Farinacius, d. n. 191. ibi: *Quia etiam excusat ignorantia à pœna quando is qui sibi adscripsit profitetur se nolle id quod sibi adscripsit*, & nu. 207. ibi: *Vbi quod hæc petitio veniæ opperatur, quo ad pœnam, non autem quo ad legatum, & de venia per Principem concedenda ei qui sibi adscripsit legatum allegando ignorantiam iuris, & de abstinendo se allegato vide quæ dixi supra hac eadem quæstione, n. 191. addo ad materiam propositæ limitationis, textum, in l. quæ in testamento, C. de his qui sibi adscribunt in illis verbis si venia impetrata non est.*

16 Y en nuestros propios terminos, respeto de que està prouado por testigos, y por confession del mesmo Fray Pedro de Sātiago, que era Confessor de D. Iuana Enriquez, que el Confessor que se escriue en el testamento de su hija espiritual, no solo pierda el legado, o herēcia, sino

N.º 9.

que incurra la pena de falso, lo resuelue elegantemẽte Belapertica, en la l.3. in fine. C. de his qui sibi adscribunt, y otros que refiere Farinacio, d. q.150. n.192. & 193. ibi: *Amplia octauò etiam in Sacerdotibus, & patribus spiritualibus sibi adscribẽtibus in testamentis factis à filijs spiritualibus, qui licet non incurrãt pœnam, non tamen consequũtur id, quod sibi adscripserunt.* Et ibi: *Contrariũ quod immò neq; etiam à pœna excusentur voluisse videntur, Cynus, in d.l. quod ad hibitus in fine. C. eo.* Y supuesto, que siendo como era Religioso Fr. Pedro de Sãtiago, no tenia capacidad de adquirir para si, authẽtica ingressi, *C.* de Sacrosanctis Ecclesis, & statim Monasterio adquirit, D. Baldes, l.9. tit. de los pleytos, vers, considera vltra, n.26. Fr. Manuel Rodriguez, quæst. regularium, tom. 2. q.77. art 1. Tapia, dict, authentica ingressi, cap. 13. in toto, Ceuallos, q.281. Sanchez, de *R*eligioso statu, lib.6. cap.11. n.61. Y el Cõfessor no se puede escreuir por heredero, ni legatario, escreuir Fr. Pedro a su *R*eligion a quien adquiere, es lo mesmo que si se vuiera escrito a si, y este es el lugar deste pleyto, y por donde se deue decidir, y no por el priuilegio 93. de Tiraquelo, in tract. de priuilegijs piæ causæ, ni por la resoluciõ de Iuan Andres, in cap. cum inter de sententia, & re iudicata, n.7. Porque demas que Iuã Andres, que es solo el que habla respeto de Monasterio, non loquitur in Priori qui scripsit suum Monasteriũ heredem, sed in eo qui se subscripsit testamento in quo Monasterium scriptum erat hæres, vt est videre ex loco Ioannis Andreæ.

17 Y es grande la diferencia de ser testigos sub-

ſubſcripto al teſtamento, o ſer la meſma perſona que le eſcriuio, y que Tiraquelo dicto priuilegio 93. loquitur tantum in Prelato reſpectu Eccleſię, vel piæ cauſę, que tienen diferẽcia conocida, porque la Igleſia no es hija del Perlado, ni la obra pia) ni tiene la adquiſiciõ reciproca de vno a otro que ay en el Frayle, reſpeto de ſu Cõuento y Religion) era neceſſario que ſe mediera lugar y limitacion expreſſa en padre eſpiritual, que pudieſſe eſcreuir legado, o herencia para ſi, o para ſu Igleſia y Monaſterio, y eſte no lo ay, y antes ſiendo tãto menos el hermano reſpeto de ſu hermano, que la Religion, o Conuento, reſpeto de ſu Religioſo, tenemos la dicha deciſion 69. de Antonio Gama, que es expreſſa, de que declarô el Senado por nulo el teſtamento, que el hermano eſcriuio en fauor de ſu hermano, y no puede tener mas priuilegio la cauſa piadoſa, q̃ la cauſa natural, ni que la cauſa de libertad, por laqual plura cõtra iuris regulas introducta ſunt, y en ella ex d. l. fin. aunque ſe excuſe la pena de falſo no vale el legado de libertad.

18. No obſtarâ a nueſtra reſolucion el dezir, que padece la regla referida muchas limitaciones, y que todas concurren en nueſtro caſo. Y la primera es, que eſta herencia tiene cõdiciones de grauamen ſuceſsiuo de carga de Miſſas, porque demas que tiene tanto de lucro, que eſtâ prouado que vale mas de treynta mil ducados, no ſe puede aplicar a eſta limitaciõ la l. Diuus 15. en el §. final ad l. Corneliam de falſis: porque como alli lo entiẽde la gloſ. en el verb. ſcripta ſunt, la diſpoſicion de aquel texto habla reſpeto

peto del hijo del testador, o porq̃ especialmente el testador reconocio lo que auia escrito de su mano el escritor del testamento, demas que el mesmo texto dize, q̃ el fideicomisso se escriuio, alia manu, ibi: *Vel si vterque sine liberis decessisset hereditas de inde alia manu scriptori testamenti restitueretur.* Y por esta razon dize el texto: *Sed benignius est, vt etiam ea quæ supra scripta sunt similimodo consequatur.* Y Farinacio, dict. quęst.150.num.28.y num.208.no pone la limitacion para que se alega.

19 Menos obsta la segunda limitacion de dezir, que la testadora firmó el testamẽto, porque como dize Farinacio, d.q.150. n.202. para que se escuse de la pena de falso, bastará la subscripciõ general, no para conseguir la herencia o el legado, ibi: *Quod ad conualidandum legatum requiritur subscriptio specialis ad euitandam penã sufficit generalis Dilectus de arte testãdi titulo de legatis cautela 1.n.2.vbi idem dicit.* Y porque no ay Doctor alguno de los que yo aya visto, ni tal dize Farinacio, que la subscripcion baste en el testamento cerrado, & sic resoluit Gamma, d.decis. 157.n.2.ibi: *Quia secundum illum Bartolus, loquitur quando squedula priuata testamenti legenda est coram testibus, & notario, ita quod nulla fraus fieri poßit, sed quando testes, & notarius nõ nouerunt contenta in squedula priuata, & ita poßibile est fraudem adhibitam fuisse non valebit legatũ, quod sibi adscripsit legatarius nisi specialis aprobatio testatoris interueniat.* Y no se llama aprouacion especial, porque la testadora aya firmado el testamento y entregadole cerrado al Escriuano

no, vt eleganter dicit idem Gama, decis. 231. n. 5. ibi: *Neque etiam facit pro testamento traditio illius clausi notario facta per testatorem qui ex eo, quodadmodo videtur esserere suum esse testamentum, quia dicunt illi patres hanc confirmationem esse Generalem, qua solum excusabit scribentem se heredem à pœna falsi non tamen confirmabit institutionem, per l. Diuus, vers. Planè de testamentis; l. 2. C. de his qui sibi adscribunt.*

20 Menos obsta la tercera limitaciõ, de que se vale el Abogado contrario de dezir, que consta en nuestro caso auer sido la voluntad de D. Iuana dexar por heredero al Conuento, y que esto resulta de los memoriales que estan en el pleyto, y de la informacion de testigos que deponẽ auer sido assi su volũtad, porque demas que esta voluntad no està prouada como despues diremos, el prouar el que se escriuio en el testmẽto a si, o a su hijo, o a su padre, que fue assi la voluntad del testador solo obra q̃ cesse la presuncion de falsedad, de qua per Senatus Consultũ Libonianum, ex tex. in l. si quis legatum, §. cæterum, ff. ad l. Corneliam de falsis, no obra validacion de la institucion, o legado, vt supradictũ est, ex Farinacio, d. q. 150. nu. 217. que si viera este numero el el Abogado contrario quando alegô en su papel el n. 216. no se valiera de la tercera limitacion, dicit enim ita Farinacius. *Quod talis probatio voluntatis testatoris tollit pœnam, sed nõ tribuit legatum.*

21 Y con esto tãbien se responde a lo que se opone, de que en vn Religioso, y sin prouecho alguno no se ha de presumir falsedad, per l. Di-

nus, vbi Albericus, n. 3. ad l. Corniliam de falsis, & in l. 1. §. si quis, ita in suo ne quid in loco publico, Menochius, lib. 5. præsump. 20, Y sin interes que no se presuma falsedad, probat text. in l. 2. §. idem labeo, vers. si autem necesse non sit, ff. ne quid in loco publico, Surdus, cons. 512. n. 4. & 5. & 6. Farinacius, de falsitate, q. 153 n. 147. & 204. & 209. Porque no tratamos aqui aora de la presumpcion de falsedad para la pena della, sino para la pena de ser nulo el testamento, por auerle escrito el dicho Padre Fr. Pedro de Santiago, en fauor de su Conuento de S. Gerony mo, demas que aunque no adquiera emolumẽto suyo particular, formalmente basta que le adquiera el q̃ escriue por sus hermanos proximos, o agnatos, Farinacius, d. q. 150. n. 197. & 198. ibi: *Quod adscribens incidit in pœnam quotiescumq; ex tali adscriptione emolumentum adquirat licet se formaliter non adscribat.*

22 Lo otro, porq̃ el dezir, que la voluntad de la testadora se puede y deue colegir, ex his quæ extra testamentum dicta sunt, antes, o despues de heho, vt ex text. expressus in l. quoties 9. §. 1. ff. de heredibus instituendis quem citat Dominus, don Ioannes del Castillo, lib. 4. cap. 18. n. 14. & n. 41. & nu. 49. vers. Præterea. Y es doctrina de Bartolo, en la l. 2. n. 40. ff. de vulgari, Baldus, ibi, n. 10. & 11. Menochius, libr. 4. præsump. 67. Nata, authentica hoc inter liberos, n. 52. & 53. C. de testamentis, vol. 8. repetitionum ciuilium, fol. 261. Afflictis, decis. 43. n. 27. vers. vndecimò prabatũ, Simon de Prætis, de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 4. interpretat. 3. dubitat. 2. n. 87. &

96. &

96.& 97.fol.mihi 422.Es en fauor desta parte por que los testigos q̃ en la prouança contraria declarã en la 4. pregunta auer sido voluntad de D. Iuana dexar por heredero al Conuento, son testigos interessados en que valga el testamento, pues de su validacion dependen las mãdas, y legados que en su fauor tienen, y distribuciones que han de auer por la voluntad, que llaman testamentaria, o que han ya auido por sus mãdas, y legados, los quales no son legitimos testigos en fauor del testamento, dexada la distinciõ que comunmente hazen los Doctores de testamento abierto a cerrado, para que el legatario se repute legitimo testigo, ad text.in l. dictantibus, vbi Iason, C.de testamentis, & quę tradit Flores de Mena, pract.q.1.n.25.

23 Porq̃ quomodocumque tenga interes el legatario en la validacion del testamento, no es legitimo testigo, y este es el entendimiẽto verdadero de la l. dictantibus, §. legataris, C. de testamẽtis, & l.11.tit.1.part.16. & ita resoluit Ceuallos, tom.3.quęst.797.num.38.& 39.& 40. & nu. 39.ibi: *Et ratio differentiæ est quia in testamento in scriptis ipse ignorat contenta in testamento, & non deponit delegato sibi relicto, sed solum de declaratione testatoris volentis cum illo testamento decedere vnde nimirum si à testimonio non repelatur cũ ipse nec deponat in causa propria.* Pero en nuestro caso abierto ya el testamento quãdo se trata de su inualidacion para autorizar esta, de que depende su interes de los legatarios, no es dudable que no sean buenos testigos, y que los de la parte del Conde, que declaran del amor, y vo-

luntad

luntad, que doña Iuana mostró siempre a sus deudos, y como auia dicho y dezia, que les auia de dexar por herederos al dicho Conde, y doña Ynes Portocarrero, que son testigos desinteressados, sean bastantes. Con lo qual parece que se deue declarar en fauor desta parte. Salua, &c.

El Licenciado D. Iuan Perez de Lara.